

Entwurf eines Brandenburgischen Vergabegesetzes und Inländerdiskriminierung

Bohm, Rolfdieter

Veröffentlichungsversion / Published Version
Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bohm, R. (2011). *Entwurf eines Brandenburgischen Vergabegesetzes und Inländerdiskriminierung*. (Wahlperiode Brandenburg, 5/49). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52716-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Entwurf eines Brandenburgischen Vergabegesetzes und Inländer- diskriminierung

Bearbeiter: Rolfdieter Bohm

Datum: 23. August 2011

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Aufgabenstellung.....	2
II.	Stellungnahme.....	3
1.	Was ist Inländerdiskriminierung und wie kommt sie zustande?.....	3
2.	Enthalten die genannten Vorschriften eine unterschiedliche Behandlung?.....	4
a)	§ 3 Abs. 2 BbgVergG-E.....	4
b)	§ 6 Abs. 1 BbgVergG-E.....	5
3.	Rechtfertigung nach der Gesetzesbegründung.....	5
a)	Zu § 3 Abs. 2 BbgVergG-E.....	5
b)	Zu § 6 Abs. 1 BbgVergG-E.....	5
4.	Relevanter Prüfungsmaßstab.....	6
a)	Gleichheitsgrundsatz und Diskriminierungsverbote im Grundgesetz.....	6
aa)	Spezielle Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG.....	7
bb)	Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG.....	8
b)	Gleichheitsrechte in der Landesverfassung (Art. 12 LV).....	11
5.	Zusammenfassung.....	12

I. Aufgabenstellung

Der Parlamentarische Beratungsdienst wurde gebeten, gutachtlich zur Frage Stellung zu nehmen, ob Regelungen im Regierungsentwurf für ein Brandenburgisches Vergabegesetz¹ unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Inländerdiskriminierung verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein könnten. Insbesondere sollen hierbei die Regelungen im § 3 Abs. 2 BbgVergG-E und in § 6 Abs. 1 BbgVergG-E untersucht werden, in denen unterschiedliche Regelungen für Unternehmen mit Sitz in Deutschland bzw. Brandenburg einerseits und solchen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union andererseits vorgesehen sind.

¹ Gesetzentwurf der Landesregierung für ein „Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz – BbgVergG)“, Drs. 5/3030, künftig abgekürzt mit BbgVergG-E.

II. Stellungnahme

1. Was ist Inländerdiskriminierung und wie kommt sie zustande?

Zunächst soll der Begriff der „Inländerdiskriminierung“ erklärt und sodann erläutert werden, wie es zu entsprechenden Konstellationen kommen kann:

Inländerdiskriminierung lässt sich umschreiben als Situation, in der „Inländer im Vergleich zu Personen, die nicht Inländer sind, schlechter behandelt werden.“² Hierbei ist Inländer „derjenige, der allein der Hoheitsgewalt des in diesem Gebiet die Territorialherrschaft innehabenden Staates unterworfen ist.“³ Es kommt somit nicht alleine auf die Staatsangehörigkeit an,⁴ sondern es ist auch auf den Wohnsitz bzw. ständigen Aufenthalt abzustellen.

Unter Diskriminierung ist letztlich eine Ungleichbehandlung zu verstehen.⁵

Eine Inländerdiskriminierung kann dann zustande kommen, wenn sich auf einem (Staats-) Gebiet verschiedene Rechtsordnungen überlagern, die jedenfalls partiell unterschiedliche persönliche oder sachliche Anwendungsbereiche haben. Dies ist in Deutschland insbesondere durch die Konkurrenz von nationalem (Bundes- und/oder Landesrecht) sowie dem Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union der Fall, zumal sich das Gemeinschaftsrecht durch einen Anwendungsvorrang auszeichnet.⁶ Relevant wird die Inländerdiskriminierung primär dann, wenn die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts⁷ für natürliche oder juristische Personen aus anderen Mitgliedstaaten besondere Freiheitsrechte verbürgen, die für rein innerstaatliche und damit dem Gemeinschaftsrecht nur ausnahmsweise unterliegende Vorgänge nicht vorgesehen sind. Die „klassischen Fälle“ sind im Bereich der Warenverkehrsfreiheit entstanden. So hat der Europäische Gerichtshof z. B. nationale Beschränkungen für die Einfuhr und den Vertrieb von Fruchtlikören mit geringerem Alkoholgehalt⁸ sowie

2 So Wesser, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, Köln 1995, S. 30.

3 So Wesser (Fn. 2), a. a. O.

4 Inländer kann somit auch ein in Deutschland/Brandenburg ansässiger Staatenloser sein.

5 Siehe hierzu bei Wesser (Fn. 2), S. 28 f., m. w. N.

6 Inzwischen unbestritten. Siehe z. B. bei Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Auflage 2011, Rn. 33 f. zu Art. 23 m. w. N.

7 Dies sind die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union/AEUV, in der Fassung des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Lissabonvertrags, ABl. Nr. C 83 vom 30.3.2010, S. 47), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV).

8 So die „Cassis-de-Dijon-Entscheidung“, Urteil vom 20. Februar 1979, Rs. C 120/78, Slg. 1979, S. 649 ff. Es bestand in Deutschland eine Regelung, wonach Liköre etc. dem Gebot der Hochprozentigkeit genügen mussten. Dies war bei dem französischen Likör „Cassis de Dijon“ nicht der Fall, weshalb dieser in

von Bier, das nicht dem deutschen Reinheitsgebot⁹ entsprach, als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt. Im Ergebnis der genannten Entscheidungen war es Importeuren aus anderen Mitgliedstaaten erlaubt, solche Waren nach Deutschland einzuführen und in Deutschland damit zu handeln, während dies Inländern (zunächst) nicht möglich war.¹⁰

2. Enthalten die genannten Vorschriften eine unterschiedliche Behandlung?

a) § 3 Abs. 2 BbgVergG-E

Nach § 3 Abs. 2 Sätze 1 – 3 BbgVergG-E dürfen Vergaben im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs nur an Unternehmen erteilt werden, die sich zur Bezahlung des eingesetzten Personals entsprechend dem jeweils für sie geltende Entgelttarifvertrag verpflichten. § 3 Abs. 2 Satz 4 BbgVergG-E bestimmt ferner, dass die Regelungen der Verordnung (EG) 1370/2007¹¹ zu beachten sind. Nach § 3 Abs. 2 Satz 5 BbgVergG-E gilt dies aber nicht für Unternehmen, die unter Art. 1 Abs. 3 Buchstabe b der Richtlinie 96/71/EG¹² fallen und bei denen eine Entsendesituation entsprechend den dortigen Regelungen vorliegt. Eine solche (Ausnahme-)Konstellation kann für ein inländisches Unternehmen mit eigenen Arbeitskräften in Ausführung eines Auftrages in Deutschland/Brandenburg nicht eintreten. Somit besteht im Vergleich gegenüber Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten eine abweichende Regelung, die für die inländischen nachteilig ist, da nach der Entsenderichtlinie grundsätzlich das Heimatrecht maßgebend ist.

Deutschland nicht handelsfähig war.

9 So die „Brasserie-du-Pecheur-Entscheidung“ des EuGH, Urteil vom 17. März 1987, Rs. C 178/84, Slg. 1987, S. 1227 ff. Hierbei ging es um das nationale Verbot der Einfuhr von und des Handels mit Bier, das nicht dem deutschen Reinheitsgebot entsprach.

Die Brauerei „Brasserie du Pecheur“ verklagte in einem weiteren Verfahren dann die Bundesrepublik Deutschland auf Schadensersatz/Amtshaftung, was im Jahr 1996 zu einer weiteren Entscheidung des EuGH (Rechtssachen C 46/93 und C 48/93, Urteil vom 5. März 1996, Slg. 1996, S. 1029 ff.) führte. Der EuGH verpflichtete die Mitgliedstaaten dazu, den durch das gemeinschaftsrechtswidrige Handelsverbot/-erschwerung entstandenen Schaden aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Rechtsgrundlage zu ersetzen.

10 Zu diesem Hintergrund der Überlagerung zweier Rechtsordnungen mit unterschiedlichem Geltungsanspruch und Anwendungsbereich als Entstehungsvoraussetzung einer Inländerdiskriminierung siehe auch bei Wesser (Fn. 2), S. 31 f. und S. 119.

11 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1).

12 Sog. Entsenderichtlinie, vollständig: Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. Nr. L 018 vom 21.1.1997, S. 1).

b) § 6 Abs. 1 BbgVergG-E

In § 6 Abs. 1 BbgVergG-E sind die von den Bietern vorzulegenden Nachweise geregelt. Hiernach ist entweder eine Eintragung in ein zugelassenes Verzeichnis geeigneter Unternehmen oder ein Nachweis des zuständigen Sozialversicherungsträgers über die ordnungsgemäße Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten vorzulegen. Diese Nachweise dürfen nicht älter als sechs Monate sein (§ 6 Abs. 1 Sätze 1 – 3 BbgVergG-E). Für Unternehmen, die sechs Monaten nicht im Inland ansässig waren, also auch für Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten, sieht der Gesetzentwurf hingegen vor, dass eine selbst erstellte Bescheinigung über die ordnungsgemäße Einhaltung der im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden sozialversicherungsrechtlichen Pflichten genügt (§ 6 Abs. 1 Satz 4 BbgVergG-E). Auch hierin liegt eine unterschiedliche Regelung für inländische Unternehmen einerseits und für solche aus anderen EU-Mitgliedstaaten andererseits.

3. Rechtfertigung nach der Gesetzesbegründung

a) Zu § 3 Abs. 2 BbgVergG-E

Nach der Einzelbegründung zu § 3 Abs. 2 BbgVergG-E¹³ ist die Differenzierung notwendig, um der Rechtsprechung des EuGH zu Vergaben im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs einerseits und der zur Geltung der Entsenderichtlinie andererseits Genüge zu tun. Hiernach klärt der Gesetzentwurf die durchaus unklare Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Rechtsmaterien (VO 1370/2000 und Entsenderichtlinie)¹⁴ dahingehend, dass – jedenfalls soweit eine Entsendesituation vorliegt – diese den Vorrang genießt.

b) Zu § 6 Abs. 1 BbgVergG-E

Zu den dortigen Nachweisregelungen erklärt die Einzelbegründung¹⁵ zunächst, dass auf entsprechende Präqualifikations- oder Unternehmer- und Lieferantenverzeichnisse zurückgegriffen werden kann, die entweder bei den verschiedenen Wirtschaftskammern oder bei der Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V., die bereits im VOL-Bereich tätig sei, nach näherer Maßgabe der gem. § 10 BbgVergG-E noch zu erlassenden Rechtsverordnung ein-

13 Drs. 5/3030, S. 18

14 Siehe hierzu Gutachten des PBD vom 12. August 2010: Rechtliche Aspekte eines zukünftigen Landesvergabegesetzes, abrufbar unter folgendem Link:
http://10.142.223.6/store/uploads/media/12-08-2010_Rechtliche_Aspekte_Landesvergabegesetz.pdf, dort bei II. 4. c), S. 28 ff.

15 Drs. 5/3030, S. 19 f.

gerichtet und geführt werden sollen. Soweit eine Eintragung in solche Verzeichnisse nicht gegeben ist, findet die Sozialkassenbescheinigung Anwendung.

Für neu ins Inland verlegte bzw. bislang im Inland nicht tätige Unternehmen wird eine Eigenbescheinigung für ausreichend erklärt. Die Begründung führt hierzu Folgendes aus:

„Unternehmen, die ihren Sitz neu ins Inland verlegt haben, geben eine Eigenerklärung über die Einhaltung der bisher für das Unternehmen geltenden Bestimmungen ab. Sie unterliegen damit den Folgen unrichtiger Erklärungen im Vergabeverfahren. Weitergehende Hürden dürfen den Entschluss, im Inland tätig werden zu wollen, nicht beeinträchtigen. Dies würde sonst die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit verletzen.“

Mit der Regelung sollen somit die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass nicht im Inland ansässige und bislang auch hier in den letzten sechs Monaten noch nicht tätig gewesene Unternehmen die Möglichkeit erhalten, an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand in Brandenburg teilnehmen zu können. Insbesondere soll damit ein unbeschränkter Marktzugang gewährleistet werden, der nicht von den in verschiedenen Ländern unterschiedlichen Rechtsordnungen und damit auch den dort jeweils zur Verfügung stehenden öffentlichen Bescheinigungen abhängig ist. Anderenfalls würde die Verwirklichung der Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit faktisch an letztlich bürokratischen Details scheitern.

4. Relevanter Prüfungsmaßstab

Ungleichbehandlungen zwischen In- und Ausländern sind verfassungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt von Gleichheitsrechten zu prüfen. Sowohl das Grundgesetz als auch die Landesverfassung enthalten jeweils sowohl einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, als auch spezielle Diskriminierungsverbote. Diese sind daher nachfolgend zu untersuchen:

a) Gleichheitsgrundsatz und Diskriminierungsverbote im Grundgesetz

Vorliegend kommen auf Ebene des Grundgesetzes durch die dargestellten Regelungen Verstöße gegen das spezielle Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG (Diskriminierungsverbot wg. „Herkunft“ oder „Heimat“) oder den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht. Da der allgemeine Gleichheitssatz hinter die spezielleren Gleich-

heitsverbürgungen zurücktritt,¹⁶ ist folglich zunächst ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG zu prüfen.

aa) Spezielle Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG

Unabhängig von den übrigen Voraussetzungen der speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG scheitert ein Verstoß hiergegen schon daran, dass weder das Kriterium „Heimat“ noch das Kriterium „Herkunft“ in Fällen der hier relevanten Art eingreifen. So wird „Heimat“ typischerweise als „örtliche Herkunft eines Menschen nach Geburt oder Ansässigkeit im Sinne einer emotionalen Beziehung zu einem geographisch begrenzten, einzelnen mitprägenden Raum (Ort, Landschaft)“ definiert.¹⁷ Zum Teil wird ergänzend auf die „persönlichkeitsprägende Bedeutung der örtlichen Umgebung während Kindheit und Jugend“ hingewiesen.¹⁸

Unter dem Begriff Herkunft wird hingegen die „ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung“, insbesondere die „soziale Stellung der Eltern“ verstanden.¹⁹ Ziel des Diskriminierungsverbotes wegen „Herkunft“ ist somit der „Schutz von Vertriebenen und Flüchtlingen sowie die Gewährleistung der sozialen Durchlässigkeit und Chancengleichheit sowie die Verhinderung einer Klassengesellschaft mit schichtenspezifischen Regelungen“.²⁰

Bei der hier maßgeblichen Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung eines Unternehmens, sei es als Personenunternehmen oder als juristische Person, geht es aber nicht um persönlichkeitsbildende Merkmale, die Integration von Vertriebenen oder die „Offenheit“ der Gesellschaft im Sinne einer Durchlässigkeit der Schichten. Vielmehr betreffen die zu untersuchenden Regelungen im Entwurf für ein Brandenburgisches Vergabegesetz zum einen das gemeinschaftsrechtliche Konkurrenzverhältnis zwischen der Verordnung 1370/2000 und der Entsenderichtlinie (bei § 3 Abs. 2 BbgVergG-E) oder zum anderen die letztlich bürokratische Frage nach den Anforderungen bezüglich der im Vergabeverfahren vorzulegenden Nachweise. Diese können in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet sein bzw. in anderen Staaten stehen eben unterschiedliche Nachweise zur

16 Ganz herrschende Meinung, z. B. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 6), Rn. 2 zu Art. 3 oder Osterloh, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Auflage, 2009, Rn. 77 f. zu Art. 3.

17 So Jarass, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 123 zu Art. 3 mit Hinweis auf BVerfGE 102, S. 41 ff., S. 53.

18 So etwa Osterloh, in: Sachs (Fn. 16), Rn. 295 zu Art. 3.

19 In diesem Sinne bei Jarass, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 124 zu Art. 3 und ähnlich auch Osterloh, in: Sachs (Fn. 16), a. a. O.

20 Siehe bei Jarass und Osterloh, jeweils a. a. O. (Fn. 19).

Verfügung. Die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sind daher für die hier zu prüfenden Sachverhalte nicht einschlägig.

Die Staatsangehörigkeit als solche ist im Katalog der Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes in Art. 3 Abs. 3 GG nicht enthalten und kann einer unterschiedlichen Behandlung von inländischen und gebietsfremden Unternehmen daher nicht entgegen stehen.²¹

bb) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG

a) Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz verlangt, dass wesentlich gleiche Sachverhalte durch denselben Verpflichteten nicht ohne sachlichen Grund (im Wesentlichen) ungleich behandelt werden dürfen.²² Etwas detaillierter lässt sich das Gebot des allgemeinen Gleichheitssatzes wie folgt umschreiben:

„Das Gleichheitsgrundrecht ist vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.“²³

b) Im Einzelnen ergibt eine Prüfung folgende Überlegungen:

aa) Das Erfordernis des identischen Grundrechtsverpflichteten ist hier in Form des brandenburgischen Landesgesetzgebers erfüllt.

bb) Fraglich ist hier schon, ob – hinsichtlich der Nachweispflichten – überhaupt ein gleicher Sachverhalt vorliegt. Hieran kann gezweifelt werden, wenn die jeweilige „Heimatrechtsordnung“ entsprechende Bescheinigungen oder Nachweise schlicht nicht kennt, etwa weil steuerfinanzierte Sozialsysteme bestehen und daher keine Beitragspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung entstehen kann.²⁴

21 So auch Jarass, a. a. O. (Fn. 20).

22 Siehe hierzu etwa bei Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 6), Rn. 4 ff. zu Art. 3, m. w. N.

23 So Osterloh (Fn. 16), Rn. 13 zu Art. 3 mit Hinweis auf BVerfG 55, S. 72 ff, S. 88 (seitdem ständige Rechtsprechung des BVerfG).

24 So besteht zum Beispiel im Vereinigten Königreich keine beitragsfinanzierte gesetzliche Krankenversicherung. Vielmehr wird die Gesundheitsversorgung dort durch den „National Health Service“ übernommen, der aus dem Staatshaushalt finanziert wird. Siehe zu diesem gänzlich anderen System etwa unter folgendem Link:
http://de.wikipedia.org/wiki/National_Health_Service

cc) Hinsichtlich der in § 3 Abs. 2 BbgVergG-E geregelten Frage nach der Ausnahme von der Pflicht zur Zahlung des Tarifentgelts im Falle einer Entsendesituation ist festzuhalten, dass es insoweit schon an einem „im Wesentlichen gleichen Sachverhalt“ als Anknüpfungspunkt für einen Gleichheitssatzverstoß fehlt. Ein inländisches Unternehmen kann bei einem Tätigwerden im Sitzland (= Inland) schlechterdings in keine Entsendesituation nach der Entsenderichtlinie kommen, sondern ist vielmehr der Geltung der maßgebenden Tarifverträge ohnehin kraft Tarifbindung oder sonstigem Bundesrecht²⁵ unterworfen. Die Bindung an diese Regelungen über ein Mindestentgelt ist somit nicht von der durch das BbgVergG-E begründeten Selbstverpflichtung (nach § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Satz 1 BbgVergG-E) abhängig. Es fehlt somit schon an einer Gleichheit des Sachverhalts.

dd) Unabhängig von den eben genannten Überlegungen ist aber für die im Gesetzentwurf vorgenommenen Differenzierungen von einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung auszugehen. Eine unterschiedliche Behandlung ist im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn „ein hinreichend gewichtiger Grund“ für diese Ungleichbehandlung besteht.²⁶ Nach der Rechtsprechung der Gerichte und insbesondere des Bundesverfassungsgerichts ist es anerkannt, dem Gesetzgeber einen gewissen Gestaltungsspielraum zuzugestehen, soweit die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht bzw. die Beachtung zwingender Vorgaben hieraus eine Differenzierung notwendig machen.²⁷ Diese vom Bundesverfassungsgericht und anderen Gerichten praktizierte Sichtweise, die letztlich dazu dient, möglichst wenig Konflikte mit dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts entstehen zu lassen, ist aufgrund der klaren Europafreundlichkeit des Grundgesetzes (siehe Art. 23 GG) folgerichtig. Ferner entspricht sie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der immer weitergehende Anforderungen an den

25 Etwa nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz, aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach dem Tarifvertragsgesetz oder aufgrund einer Festlegung nach dem Mindestarbeitsbedingungsgesetz. Im Einzelnen zu den verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten siehe das Gutachten des PBD vom 1. Mai 2009: „Mindestlöhne“, abrufbar unter folgendem Link: http://10.142.223.6/store/uploads/media/01-05-09_Mindestloehne.pdf

26 Ständige Rechtsprechung des BVerfG und herrschende Meinung in der Literatur. Siehe beispielhaft Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 6), Rn. 14 ff. zu Art. 3, m. w. N.; Jüngst Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 4. Februar 2010, Az. 1 BvR 2514/09, GewArch 2010, S. 456 ff., bei II. 1. b) der Gründe (Absatz-Nr. 16 in der Jurisveröffentlichung).

27 So BVerfG vom 4. Februar 2010 a. a. O. (Fn. 26), z.B. VG Aachen, Beschluss vom 22. September 2009, Az. 3 L 241/09, GewArch 2009, S. 493 ff., Absatz-Nr. 42 ff. in der Jurisveröffentlichung.

Die Rechtslage in Deutschland weicht insoweit deutlich etwa von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Österreich ab. Der Österreichische Verfassungsgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 12. September 1999 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass aus der notwendigen Umsetzung von Gemeinschaftsrecht keine Rechtfertigung für eine Schlechterbehandlung von Inländern hergeleitet werden kann (bei VI. 3. c) der Gründe). Die Entscheidung ist abrufbar unter folgendem Link: http://www.ecln.net/documents/Decisions-Austria/g_42_99_slg_15683_gewerbeberechtigung.pdf.

Vollzug und die Beachtung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten stellt. So wurde erst im Jahr 2010 durch den Europäischen Gerichtshof erneut entschieden, dass Verwaltungsbehörden nationales Recht, das im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht, nicht anwenden dürfen. Die Behörde, die sich an dieses Gebot nicht hält, macht sich, sofern hieraus einem durch das Gemeinschaftsrecht Begünstigten ein wirtschaftlicher Schaden entsteht, sogar nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen amtsshaftungspflichtig.²⁸ Daher ist der Vorbehalt zugunsten der Entsenderichtlinie, deren Bedeutung der Europäische Gerichtshof in Vergabeverfahren nicht zuletzt in der Entscheidung „Rüffert“²⁹ hervorgehoben hat, jedenfalls gemeinschaftsrechtlich plausibel und würde, selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung von einem „im Wesentlichen gleichen Sachverhalt“ ausginge, die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich rechtfertigen.

ee) Hinsichtlich der in § 6 Abs. 1 BbgVergG-E geregelten differenzierten Nachweismöglichkeiten ist im Übrigen darauf zu verweisen, dass eine solche Möglichkeit von „Eigenerklärungen“ in der kraft Bundesrechts³⁰ anwendbaren Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen³¹ in Verfahren im Geltungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts ohnehin vorgesehen ist. Dort ist in § 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 6 EG VOL/A die Möglichkeit von Eigenerklärungen ausdrücklich dann eröffnet, wenn im jeweiligen Heimatland entsprechende Bescheinigungen oder Nachweise nicht vorgesehen sind oder nicht erlangt werden können. Hierauf stellt auch eine Entscheidung der Vergabekammer des Bundes aus dem Jahr 2007 ab, die in einem Fall, der mit der vorgesehenen Regelung in § 6 Abs. 1 BbgVergG-E gut vergleichbar ist, ausdrücklich eine unzulässige Inländerdiskriminierung abgelehnt hat.³² Diese Entscheidung der Vergabekammer im Rahmen des Prüfungsverfah-

28 Siehe EuGH vom 25. November 2010, Rs. C 429/09 (Fuß-Entscheidung) und die Besprechung hierzu von Burger: Die administrative Nichtanwendung unionsrechtswidriger Normen, DVBl. 2011, S. 985 ff, insbesondere bei VI. (S. 991). Konkret ging es um die Arbeitszeitregelung beamteten Berufsfeuerwehrleute in Sachsen-Anhalt, die das gemeinschaftsrechtlich zulässige Höchstmaß überschritten. Dem Kläger Fuß wurde dem Grunde nach ein Amtshaftungsanspruch zugesprochen.

29 „Rüffert-Entscheidung“ vom 3. April 2008, Rs C 346/06, abrufbar unter folgendem Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0346:DE:HTML>.

30 § 4 Abs. 1 Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 16. August 2011 (BGBl. I S. 1724).

31 Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 2009 (BANz. Nr. 196a vom 29.12.2009), geändert durch Bekanntmachung vom 19. Februar 2010 (BANz. Nr. 32 vom 26.2.2010 S. 755).

32 Siehe (3.) Vergabekammer des Bundes, Entscheidung vom 18. Januar 2007, Az. VK 3 – 153/06 bei II. 2. a) der Gründe (S. 10), abrufbar unter folgendem Link: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Vergabe/Vergabe07/VK3-153-06.pdf>.

rens nach den §§ 102, 104 GWB³³ wurde – jedenfalls soweit hier bekannt – nicht gerichtlich angefochten. Dem ist beizutreten.

Zwar betrifft die fragliche Regelung in der VOL/A nur die „großen“ europaweit aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts auszuschreibenden Verfahren. Es wäre aber – Gedanke der Einheit der Rechtsordnung – durchaus fraglich, wenn für die vom Bbg-VergG-E erfassten „kleineren Verfahren“ eine andere Regelung gelten würde, die den Marktzugang von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten durchaus erschweren bzw. behindern würde, obwohl die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV auch in diesen Fällen gilt. Denkbar wäre es in diesem Zusammenhang, die Verordnungsermächtigung in § 10 Abs. 1 BbgVergG-E, in der schon nähere Regelungen zu den systematisch naheliegenden Präqualifikationsverzeichnissen im Wege einer Rechtsverordnung vorgesehen sind, um eine weitere Ziffer 3. zu ergänzen. In dieser weiteren Ziffer könnte eine Ermächtigungsgrundlage für die nähere Ausgestaltung von Form und Inhalt der Eigenerklärung (etwa orientiert an denen in der VOL/A) geschaffen werden. Auch eine Konkretisierung der Zulässigkeit einer solchen Eigenerklärung wäre möglich. Es könnte etwa folgende Formulierung aufgenommen werden:

„3. die näheren Voraussetzungen, die Form und den Inhalt der Eigenerklärungen gemäß § 6 Absatz 1 Satz 6.“

b) Gleichheitsrechte in der Landesverfassung (Art. 12 LV)

Die eben zum Grundgesetz gemachten Ausführungen gelten entsprechend auch für die Gleichheitsverbürgungen des Art. 12 LV. Zwar wird in Art. 12 Abs. 2 LV, der hier parallel zu Art. 3 Abs. 3 GG die speziellen landesverfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote enthält, ausdrücklich auch eine Diskriminierung wegen der Nationalität untersagt. Jedoch sollte hiermit gegenüber den Gewährleistungen des Grundgesetzes keine Erweiterung erfolgen, sondern es war eine Parallelregelung bezweckt.³⁴ Zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Art. 12 Abs. 1 LV gelten die zu Art. 3 Abs. 1 GG dargestellten Überlegungen ebenfalls.

33 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554).

34 So Iwers, in: Lieber/Iwers/Ernst, Kommentar zur Landesverfassung, Loseblatt, Stand Nachlieferung Februar 2008, Anm. 3 zu Art. 12.

5. Zusammenfassung

Hinsichtlich des vorliegenden Entwurf für ein Brandenburgisches Vergabegesetz gelten weiterhin die im Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 12. August 2010 geäußerten Bedenken mit Blick auf die Vereinbarkeit einer entsprechenden Mindestlohnregelung mit der Entsenderichtlinie.³⁵ Unter dem Gesichtspunkt der Inländerdiskriminierung begegnet der Entwurf jedoch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Spezielle Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 2 LV) sind nicht einschlägig. Relevanter Prüfungsmaßstab ist somit der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 LV. Bezüglich der in § 3 Abs. 2 BbgVergG-E getroffenen differenzierten Regelung bezüglich der vorrangigen Anwendung der Entsenderichtlinie liegt nach hiesiger Auffassung jedenfalls kein „wesentlich gleicher Sachverhalt“ vor, da es insoweit schon aus Gründen des Gemeinschaftsrechts im Zusammenspiel mit dem aus Sicht des Landesgesetzgebers vorrangigen Bundesrecht ohnehin eine unterschiedliche Rechtslage gibt. Selbst wenn man insoweit einen Gleichheitssatzverstoß dennoch annehmen würde, wäre er nach der in Deutschland herrschenden Auffassung verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da er der Umsetzung und Verwirklichung einer gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheit dient.

Hinsichtlich der Nachweisregelung in § 6 Abs. 1 BbgVergG-E ist zwar der Tatbestand eines Gleichheitsverstosses eröffnet, jedoch greift auch hier der sachgerechte Differenzierungsgrund der Verwirklichung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben.

gez. Rolfdieter Bohm

³⁵ Siehe Gutachten vom 12. August 2010 (Fn. 14), v. a. bei II. 4. a) und b).